AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.440.056 - RS (2012/0237150-6)

RELATOR : MINISTRO HUMBERTO MARTINS
AGRAVANTE : BRASIL TELECOM S/A
ADVOGADO : PAULO CÉZAR PINHEIRO CARNEIRO E OUTRO(S)
AGRAVADO : ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADOR : MARCOS ANTÔNIO MIOLA E OUTRO(S)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO HUMBERTO MARTINS (Relator):

Cuida-se de agravo regimental interposto pela BRASIL TELECOM S.A. contra decisão monocrática assim ementada (fl. 1115, e-STJ):

> *"PROCESSO CIVIL E DIREITO TRIBUTÁRIO. ENERGIA ELÉTRICA. APROVEITAMENTO DE CRÉDITOS DE ICMS. LEI ESTADUAL QUE LIMITA OS CRÉDITOS EM 50%. MATÉRIA CONSTITUCIONAL. DECADÊNCIA DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. AUSÊNCIA DE PAGAMENTO. ART. 173, I, DO CTN. SÚMULA 83/STJ. RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO".*

Para melhor compreensão da demanda, reproduzo o acórdão proferido (fl. 610, e-STJ):

> *"APELAÇÃO. DIREITO TRIBUTÁRIO. ENERGIA ELÉTRICA. APROVEITAMENTO DE CRÉDITOS DE ICMS. MEDIDA CAUTELAR DE CAUÇÃO. CABIMENTO. DECADÊNCIA AFASTADA.*
>
> *1 - E possível, ao contribuinte, após o vencimento'da sua obrigação, e antes da execução, garantir o juizo de forma antecipada, para o fim de obter certidão positiva com efeito negativo.*
>
> *2 - O creditamento de ICMS, relativo à aquisição de energia elétrica, por empresa de telecomunicação, está previsto na legislação gaúcha, de 50%, com base na regra do art. 32, XLVI, letra "b", do Decreto Estadual n. 37.699/97 (RICMS), ratificado pelo Decreto Estadual n. 45.359/2007. Ou seja, há previsão legal de creditamento, ao menos parcial, com, base na regra inserta na legislação gaúcha, isto porque não há dúvida de que a autora se enquadra como sociedade comercial.*
>
> *3 - Não tendo ocorrido a extinção pela homologação do pagamento antecipado, incide a regra do art 173, 1, do CTN.*

RECURSOS DESPROVIDOS" .

O agravo regimental pode ser assim resumido:

a) a decisão agravada é contraditória. O fundamento adotado para não conhecer do REsp do Estado impõe o provimento do REsp da ora Agravante, devendo ser aplicado o entendimento consolidado no REsp repetitivo 1.201.635/MG;

c) O acórdão recorrido, em interpretação errônea dos arts. 19, 20, 33, II, da LC n. 87/96 e do Decreto 640/62, negou o direito ao crédito pleiteado com base nesses fundamentos por entender que a BRASIL TELECOM, empresa prestadora de serviços de telecomunicação, não poderia ser qualificada como empresa industrial por equiparação;

b) a Súmula 280 do STF não é aplicável à hipótese. O simples cotejo entre os fatos descritos no acórdão recorrido e a pretensão manifestada no REsp já demonstra violação da LC 87/96 e do Decreto 640/62, sendo prescindível a interpretação da legislação local.

Pugna, caso não seja reconsiderada a decisão agravada, pela submissão do presente agravo à apreciação da Turma.

É, no essencial, o relatório.

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.440.056 - RS (2012/0237150-6)

EMENTA

PROCESSO CIVIL E DIREITO TRIBUTÁRIO. ENERGIA ELÉTRICA. APROVEITAMENTO DE CRÉDITOS DE ICMS. LEI ESTADUAL QUE LIMITA OS CRÉDITOS EM 50%. MATÉRIA CONSTITUCIONAL. DECADÊNCIA DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO.

1. Recurso especial em que se discute a possibilidade de lei estadual limitar em 50% o creditamento do ICMS referente à energia elétrica empregada na prestação de serviços de telecomunicações.

2. Não há contradição em não admitir o recurso da Fazenda Pública que pretende afastar o direito de crédito (reconhecido pela 1ª Seção no REsp 842.270/RS) e não admitir o recurso do contribuinte que pretende creditamento integral do crédito que fora limitado em 50% por lei estadual. As pretensões recursais são distintas e independentes.

3. Não pode a pretensão recursal ser acolhida em razão de dois motivos: 1º) análise de lei estadual é incabível em sede recurso especial; 2º) afastar a lei estadual em confronto com lei federal não é competência do Superior Tribunal de Justiça, mas do Supremo Tribunal Federal (conflito federativo de competências legislativas, alínea "d" do inciso III do art. 102 da Constituição Federal).

Agravo Regimental improvido.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO HUMBERTO MARTINS (Relator):

Não merece retratação a decisão ora impugnada.

No mérito, a controvérsia gira, em síntese, em torno da possibilidade do aproveitamento de créditos do ICMS por ocasião da aquisição de energia elétrica destinada à prestação de serviços de telecomunicações.

Cito, para fins de esclarecimento, trecho do acórdão impugnado (fl. 615, e-STJ):

"Trata-se de apelos do ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL e de BRASIL TELECOM S/A, pretendendo a reforma da sentença das fls. 439/56, que julgou procedente a ação cautelar, aceitando a caução oferecida, determinando que o demandado forneça certidão de regularidade fiscal, e parcialmente procedente a ação anulatória, para anular o lançamento de n. 0012973211, declarada a legalidade do aproveitamento de créditos do ICMS, por ocasião da aquisição de energia elétrica, destinada à prestação de serviços de telecomunicações, e determinar nova verificação fiscal para, se forem apurados aproveitamento de créditos superiores a 50%, que se proceda a novo lançamento. Devidas, ainda, as custas e honorários de R$ 2.500,00 para a ação cautelar e, havendo sucumbência recíproca, as custas da ação anulatória são pró-rata, fixados os honorários em 15% sobre o valor da causa, cada parte arcando com o pagamento para a parte adversa" .

O Tribunal de origem, mantendo o entendimento da sentença, negou provimento aos recursos de apelação.

Não há contradição na decisão monocrática por mim proferida. Os dois recursos especiais possuem pretensões independentes.

O recurso da Fazenda Pública do Rio Grande do Sul pretendia afastar a totalidade do creditamento. Não havia como conhecer de tal recurso especial, porquanto a Primeira Seção do STJ, no julgamento do REsp 842.270/RS, firmou compreensão no sentido de que o ICMS incidente sobre a energia elétrica consumida pelas empresas de telefonia, que promovem processo industrial por equiparação, pode ser creditado para abatimento do imposto devido quando da prestação de serviços.

A pretensão da parte recorrente, no entanto, consiste em afastar lei estadual gaúcha que limita em 50% os referidos créditos de Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços.

Não podia o recurso especial ser acolhido em razão de dois motivos: 1º) análise de lei estadual é incabível em sede recurso especial; 2º) afastar a lei estadual em confronto com lei federal não é competência do Superior Tribunal de Justiça, mas do Supremo Tribunal Federal (conflito federativo de competências legislativas, alínea "d" do inciso III do art. 102 da Constituição Federal).

Reitero, portanto, os fundamentos da decisão por mim proferida.

Defende, por sua vez, a outra parte recorrente que possui direito ao

creditamento integral, explicando o seu interesse recursal da seguinte forma:

> *"O acórdão recorrido, integrado pela decisão em embargos de declaração, entendeu que a ora Recorrente, em tese, não teria direito ao creditamento integral do ICMS referente à energia elétrica empregada na prestação de serviços de telecomunicações, mesmo tendo a parte produzido prova técnica de que a energia elétrica constitui insumo na geração do produto final da telefonia. Com isto, autorizou o crédito apenas na proporção de 50%, tratando-se de crédito presumido fixado pela legislação estadual" .*

Ocorre que crédito parcial é determinação da lei estadual gaúcha, conforme o que se depreende da análise do acórdão impugnado. Não é tarefa desta Corte Superior analisar a constitucionalidade art. 32, XLVI, letra "b", do Decreto Estadual n. 237.699/97. Cito precedente:

> *"TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. OMISSÃO INEXISTENTE. CDA. REQUISITOS DE VALIDADE. REVISÃO. SÚMULA 7/STJ. ICMS. CREDITAMENTO. ENERGIA ELÉTRICA. ESTABELECIMENTO COMERCIAL. OPERAÇÕES ANTERIORES À LC 87/96. APLICAÇÃO DO CONVÊNIO 66/88. ATIVIDADE COMERCIAL. INAPLICABILIDADE. PREVALÊNCIA DE ATIVIDADE INDUSTRIAL. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ.* ***CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 34 DA LEI ESTADUAL N.7.547/89. COMPETÊNCIA DO STF.***
>
> *1. Não há a alegada violação do art. 535 do CPC, pois a prestação jurisdicional foi dada na medida da pretensão deduzida, como se depreende da leitura do acórdão recorrido, que enfrentou, motivadamente, os temas abordados no recurso de apelação, ora tidos por omitidos.*
>
> *2. Nos termos da jurisprudência deste Superior Tribunal, a "aferição da certeza e liquidez da CDA, bem como da presença ou não dos requisitos essenciais à sua validade implica reexame do conjunto fático-probatório dos autos, o que é vedado, nesta instância especial, em face do óbice constante da Súmula 7/STJ" (AgRg no AREsp 326.868/RJ, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 2/9/2014, DJe 11/9/2014).*
>
> *3. Entende esta Corte que, "na época em que vigorava o Convênio 66/88, era vedado o creditamento de valores relativos a bens destinados ao ativo fixo e ao uso e consumo de estabelecimento comercial. Assim, o ICMS incidente sobre as contas de energia elétrica e serviços de telecomunicações não podia ser creditado como espécie de insumo, quando utilizados em*

empresa com atividade de mero comércio" (AgRg no Ag 1.156.362/RJ, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 03/08/2010, DJe 24/08/2010).

4. Tendo o Tribunal de origem entendido que "as atividades realizadas por estabelecimento comercial não se caracterizam como processo de industrialização, inexiste direito ao creditamento do ICMS recolhido em relação à energia elétrica consumida na realização de tais atividades, não assistindo razão à embargante no pleito de creditamento (princípio da não-cumulatividade do imposto em destaque". Entendimento contrário demandaria a incursão no contexto fático dos autos, impossível nesta Corte, ante o óbice da Súmula 7/STJ.

*5. **Avaliar, como quer o ora recorrente, a constitucionalidade do art. 34, parágrafo único, II, da Lei Estadual n. 7.547/89, refoge à competência desta Corte.***

Agravo regimental improvido" .

(AgRg no REsp 1.497.917/SC, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 12/2/2015, DJe 20/2/2015.)

Não há falar, outrossim, em violação dos arts. 334, I, e 458, II, do CPC, uma vez que tal alegação também se baseia na suposta inconstitucionalidade da norma estadual.

Não prospera, igualmente, a alegação de decadência do crédito tributário. Decidiu corretamente o tribunal. Não constatado o pagamento antecipado, aplica-se o art. 173, I, do Código Tributário Nacional. Nesse sentido:

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA. VALORES RECEBIDOS DE FORMA ACUMULADA EM DECORRÊNCIA DE RECLAMATÓRIA TRABALHISTA. FALECIMENTO DO CONTRIBUINTE. DECADÊNCIA. PODER JUDICIÁRIO. RETIFICAÇÃO DO LANÇAMENTO NA LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA. APLICAÇÃO.

ANALOGIA. SÚMULA 283/STF.

1. O Tribunal a quo consignou: "Se a autoridade administrativa constatar que o sujeito passivo apresentou declaração contendo omissão ou inexatidão quanto ao montante tributável, é cabível o lançamento de ofício, segundo o art. 149 do CTN. Nesse caso, o fato de o contribuinte haver apresentado declaração e recolhido o tributo com base no valor declarado mostra-se irrelevante, porque o objeto do lançamento é justamente o que não foi declarado e, por conseguinte, não foi recolhido. Então, a única forma de se computar o prazo para a constituição do crédito tributário é a prevista no art. 173, inciso I, do CTN, que

trata do lançamento de ofício" (fl. 640,e-STJ).

*2. **O STJ possui jurisprudência no sentido de que o prazo decadencial quinquenal para o Fisco constituir o crédito tributário (lançamento de ofício) conta-se do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, nos casos em que a lei não prevê o pagamento antecipado da exação ou quando, a despeito da previsão legal, o mesmo não ocorre, sem a constatação de dolo, fraude ou simulação do contribuinte, inexistindo declaração prévia do débito.***

3. Em relação à alegação de não cabe ao Poder Judíciário proceder à retificação do lançamento em fase de liquidação de sentença, os recorrentes não atacaram especificamente os argumentos constantes do acórdão recorrido neste tópico. Incide, por analogia, a Súmula 283/STF.

4. Agravo Regimental não provido" .

(AgRg no REsp 1.486.511/PR, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/12/2014, DJe 3/2/2015.)

Portanto, em que pese o esforço contido nas razões de agravo regimental, não prospera a pretensão recursal de reforma da decisão prolatada.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo regimental.

É como penso. É como voto.

MINISTRO HUMBERTO MARTINS
Relator